

21世纪通用法学系列教材

工程法学

主编 周佑勇

LAW TEXTBOOKS FOR NON-LEGAL MAJORS

图书在版编目 (CIP) 数据

工程法学/周佑勇主编.

北京: 中国人民大学出版社, 2010.9

(21 世纪通用法学系列教材)

ISBN 978-7-300-12727-9

I. ①工...

II. ①周...

III. ①建筑法-法的理论-中国-高等学校-教材

IV. ①D922.297.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 181784 号

21 世纪通用法学系列教材

工程法学

主 编 周佑勇

Gongchengfaxue

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 三河市汇鑫印务有限公司

规 格 170 mm×228 mm 16 开本

版 次 2010 年 9 月第 1 版

印 张 13.25 插页 1

印 次 2010 年 9 月第 1 次印刷

字 数 248 000

定 价 23.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

前 言

工程法学是随着现代工程经济与科技的发展而出现的一门新兴的法学交叉学科。它以跨学科的研究方法，系统、综合地研究现代工程营建与政府管制中的法律现象及其规律，其主要特色是学科之间的交叉融合。这种学科交叉既涉及法学外学科之间的交叉，也涉及法学内学科之间的交叉。法学外学科即与工程相关的土木、建筑、管理、投资、保险等学科；法学内学科即行政法、民法、刑法等部门法学学科。这种独特的研究方法与研究对象使工程法学日益成为一门独立的法学边缘学科。

就目前国内的研究现状看，工程学界往往关注工程营建与管理中的纯技术性问题，很少涉及其中的法律问题，即使涉及也非法学的思维与方法；而法学界对于涉及工程法的问题往往采取传统民法理论与方法以济其穷。然而，在实务上，涉及工程法的问题大量涌现，司法审判实务则往往以司法解释和各级法院的内部指导意见以救其急。总言之，目前国内无论在法学界、工程学界还是实务界对工程法问题的理论研究都几近空白状态。就国外在该领域的研究而言，国际咨询工程师联合会拟定的三种工程合同范本，被国际工程界广泛采用，国外工程法学者亦以此为基础对工程法展开了深入的研究。在我国台湾地区，不仅早在2005年即成立了由律师、工程法务人员、工程师、建筑师、法学教授等专业人士组成的“台湾工程法学会”，致力于研讨工程法律问题并积极参与纷争的调和，而且多所台湾地区的知名高校也尝试在课程设置、学位建制上将工程类科系与法学教育相结合，培养与

国际接轨的多元化实务型人才。

基于理论研究和实务的需要,东南大学依托其强大的工科优势与法学院的特色学科建设,于2008年正式成立“东南大学工程法研究所”,旨在以法律为主轴,整合与工程有关的土木、建筑、管理、投资、保险等相关专业及科技,从事工程法学与工程法制的理论研究、人才培养和实践服务,力求走出一条法学学科发展的创新之路,开创法学人才培养、法学教育与研究的新模式。鉴于台湾地区同仁的典范实践,东南大学工程法研究所于2009年10月与台湾“中央大学”营建管理研究所、台湾政治大学法律科际整合研究所共同举办了具有里程碑意义的“首届海峡两岸工程法学研讨会”。会议围绕“工程上的民法实务问题研究”之主题,展开了深入广泛的讨论。在此基础上,为适应工程与法律相交叉的科学研究、工程法律人才培养与工程法律实务的需要,我们整合各方力量集中编写了这本工程法学教材,以期系统建立工程与法学两者相协调的工程法学理论、知识和价值体系,并形成一门新兴的法学边缘学科。

全书共分八章,具体的编写分工为:第一章:周佑勇、杭仁春;第二章:顾大松、李煜兴;第三章:汪进元、张马林;第四章:黄喆、施建辉、步兵;第五章:叶树理;第六章:胡朝阳;第七章:欧运祥;第八章:李川。全书由周佑勇负责体系设计、拟定编写提纲及修改、统稿工作。

本教材作为国内第一本工程法学教材,尚属初步尝试,加之我们水平有限,体系和内容难免有所疏漏,甚至错误,希望读者提出意见,批评指正,以便不断修正成熟。本教材的出版得到了中国人民大学出版社法律分社大力支持,特此感谢!

编者

2010年9月8日

目 录

第一章 工程法基本理论	1
第一节 工程	1
第二节 工程法的概念与调整对象	4
第三节 工程法的基本原则	11
第四节 工程法的学科属性与体系	20
第二章 工程行政许可与监管	26
第一节 工程行政许可概述	26
第二节 工程行政许可制度	36
第三节 工程行政监管	45
第三章 政府采购与工程招投标	50
第一节 政府采购制度概述	50
第二节 工程招标法律制度	59
第三节 工程投标法律制度	68
第四节 工程开标、评标和定标法律制度	71
第五节 国际政府采购制度	76
第四章 建设工程合同与承揽合同	80
第一节 建设工程合同概述	80
第二节 建设工程合同的效力与内容	84

第三节	建设工程合同的履行与消灭	95
第四节	建设工程合同的违约责任	98
第五节	建设工程合同与承揽合同的关系	100
第五章	公共工程项目投融资	112
第一节	公共工程项目投融资概述	112
第二节	公共工程 BOT 项目融资模式	117
第三节	公共工程 BT 项目融资模式	122
第四节	公共工程 ABS (资产证券化) 项目融资模式	128
第五节	公共工程 PPP 项目融资模式	134
第六章	工程中的知识产权保护	139
第一节	工程中的知识产权保护概述	139
第二节	工程中知识产权的取得与归属	144
第三节	工程中知识产权侵权及其认定	154
第四节	工程中知识产权纠纷及其应对	159
第七章	工程争议解决机制	162
第一节	工程争议解决机制概述	162
第二节	国际工程争议解决机制	164
第三节	我国的工程争议解决机制	174
第八章	工程犯罪与刑罚	179
第一节	工程犯罪概述	179
第二节	工程重大安全事故罪	184
第三节	建设工程中的串通投标罪	188
第四节	建设工程中的渎职犯罪	192
第五节	建设工程中的贪污贿赂犯罪	199
主要参考文献		205

第一章

工程法基本理论

第一节 工 程

一、工程的概念与特点

工程法，简言之，是指作为规范工程之法规范整体。这就是说将“工程”视为此一法规范所欲保护之对象。其目的在于构建工程领域有序的法规范秩序，确保工程质量，维护人民群众的生命和财产安全。故我国《建筑法》第1条开宗明义地规定：“为了加强对建筑活动的监督管理，维护建筑市场秩序，保证建筑工程的质量和安全，促进建筑业健康发展，制定本法。”然而所谓“工程”之用语，虽是我们日常生活中所惯常使用之概念，但其本身并非一个清楚明确的概念。因此，不同的人对“工程”的概念有不同的解读，甚至现行法当中作为法律概念的“工程”亦常常表现出不同的意义。因此，在论及工程法问题时，我们应首先对“工程”此一概念进行精确的界定。否则，无论是在法律、法规的制定上还是法律理论的建构上，以及对相关工程问题的逻辑推演上，皆有可能无法契合所欲解决的工程问题之本质。为此，我们在界定“工程法”之前，针对工程法中之核心概念“工程”作一个界定和说明，以免在理解上徒生歧义，并为构建整个工程法的体系确立一个基础。

实际上，“工程”一词极具多义性。但是，在我国，《建筑法》这一具有法位阶的核心法律并未对“工程”之概念进行界定，其在该法第2条第2款仅规定：“本法所称建筑活动，是指各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动。”也就是说，《建筑法》所规范的工程仅限于“各类房屋建筑及其附属

设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动”，并不包括其他工程，如道路、桥梁、码头等的建筑活动。而我国《政府采购法》第2条第6款则界定：“本法所称工程，是指建设工程，包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮等。”我国台湾地区的“政府采购法”第7条第1项则定义“工程”为：“在地面上新建、增建、改建、修建、拆除构造物与其所属设备及其改变自然环境的行為，包括建筑、土木、水利、环境、交通、机械、电气、化工及其他经主管机关认定的工程。”^①显然，这是一个范围极其广泛的有关“工程”的概念。此外，在我国其他相关的法律、法规、规章中并没有对“工程”这一概念进行界定，而是直接使用“工程项目”或“建设工程”、“建筑工程”等概念。如2003年3月8日国家发展计划委员会等七部委联合发布的《工程建设项目施工招标投标办法》中就没有对“工程”这一概念加以界定，而是直接使用“工程建设项目”、“工程施工”等术语。最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2004〕14号）中，也是不加界定地直接使用“建设工程”这一概念。就学界而言，因工程法在我国大陆法学界尚未引起足够的关注，目前研究工程法问题的主要有两个方面的学者，其一为从事工程管理研究的学者，但该类学者在研究工程管理问题时，其关注点是工程建设的质量管理和效益管理，即他们关注的是工程项目的管理，很少涉及对“工程”这一原初概念的探讨。^②其二为从事民商法研究的法学学者，其对工程法问题的关注，也是从民法或合同法的角度立论，即使明确以工程法视角立论的，也是不加界定地直接使用“建设工程”等概念。^③但我们认为，工程法作为一个独立的法学学科，其有关“工程”之概念是这一法学学科的核心范畴，它直接关系到工程法的调整范围。例如，按照我国《建筑法》对工程概念的界定，工程法的调整范围只能是房屋及其附属、配套设施的建设。如此，工程法则属于房地产法的一个部分。因此，在我们探讨工程法之前，应对工程法之核心概念“工程”，作一明确界定。

我们认为，自然界物之存在无非两种，其一为自然之存在，即不假借人工之手的天然之存在；其二为人造物。工程法中的“工程”显非自然之存在，而是属于人造物之范畴。但并非所有的人造物皆为“工程”，只有人造物中永久而固定的构筑物才能成为“工程”。而一些可移动的人造物，即使体量较大也非工程法中之“工程”。故我们尝试着给工程下一定义：所谓“工程”，是指人们有计划、有目的地根据某种

① 台湾“行政院公共工程委员会”编：《政府采购法相关资料汇编》，1页，台湾，1998。

② 参见李启明等主编：《建设工程合同管理》，2版，北京，中国建筑工业出版社，2009。

③ 参见生青杰主编：《建设工程法》，武汉，武汉理工大学出版社，2007。

特定设计,整合各种材料、设备、技术和劳力而于地上或地下建造的永久而固定的设备或装置。其类型包括建筑物、构筑物或其他不动产的建设、变更、修缮、拆除等。所谓建筑物,是指人们在地面上建造的、能为人们进行生产、生活及其他社会活动提供场所的房屋或场所。而所谓构筑物,通常是指不具备、不包含提供人类居住功能的人工建造物,诸如纪念碑、水塔、堤坝、道路、桥梁、隧道、码头。^①值得注意的是,这里所说的“永久”是一个时间上的相对概念,只是指在建造时的目的是在一个较长的时间内使用或保存,但并非是一个永续存在的概念。

二、工程的种类

按照不同的标准,可以对工程进行不同的分类。

1. 以工程的功能为标准,工程可分为建筑物和构筑物。建筑物是指人们在地面上建造的、能为人们进行生产、生活及其他社会活动提供场所的房屋或场所。构筑物是指不具备、不包含提供人类居住功能的人工建造物,诸如纪念碑、水塔、堤坝、道路、桥梁、隧道、码头等。

2. 以工程建设时的计划使用时间为标准,工程可分为永久工程与临时工程。永久工程是指和临时工程相对的,在建造时就将其作为永久使用或保存的工程。我们一般所说的工程都是指永久工程。临时工程是指为实施和完成永久工程及修补任何缺陷,在永久工程建造现场所需的所有各类临时性工程。^②

3. 以建造的工程所处位置为标准,工程可分为地上工程和地下等工程。地上工程是指在地面之上所建造的工程,如房屋、道路、桥梁等。地下工程是指在地面之下所建造的工程,如房屋的地下层、隧道、地下掩体等工程。

4. 以工程所属的专业类别为标准,工程可分为房屋建筑、市政公用、电力、矿山、冶炼、化工石油、通讯、机电安装、公路、铁路、港口与航道、水利等工程。^③但按照工程所属专业类别进行的分类中,较权威的应该是建设部第159号令《建筑业企业资质管理规定》中对工程的分类。其第2条第2款规定:“本规定所称建筑业企业,是指从事土木工程、建筑工程、线路管道设备安装工程、装修工程的新建、扩建、改建等活动的企业。”按照该条之规范,工程可分为土木工程、建筑工程、线路管道设备安装工程和装修工程。

① 奚晓明主编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,565页,北京,人民法院出版社,2010。

② 参见国际咨询工程师联合会、中国工程咨询协会编译:《施工合同条件》,21页,北京,机械工业出版社,2004。

③ 按照不同专业进行更详细的分类,详见张马林:《论工程法的调整对象》,载《东南法学》,2010(1)。

以工程所属专业类别为标准对工程进行不同的分类,其实益在于便于行政机关对工程管理,同时也在强调专业分工的同时保证工程质量。

5. 以工程建造的阶段为标准,工程可分为勘察、设计、施工、监理等不同阶段的工程。此分类与前述工程分类之不同在于,前四种有关工程的分类均是以工程类型为标准作出的分类;而本分类则是以一个工程为标准,并以该工程在建造过程中涉及的不同阶段作为分类的依据。^①

6. 以建设方和承包商在工程建造过程中的权利义务之不同,工程可分为土木工程、机械工程、电气和(或)构筑物工程。国际咨询工程师联合会(FIDIC,即菲迪克)于1999年出版的4本新的合同标准格式,就是根据该种分类方法来确定不同的合同类型。如:

(1)《施工合同条件》,被推荐用于由雇主或其代表工程师设计的建筑或工程项目。这种合同的通常情况是,由承包商按照雇主提供的设计进行工程施工。但该工程可以包含由承包商设计的土木、机械、电气和(或)构筑物的某些部分。

(2)《生产设备和设计—施工合同条件》,推荐用于电气和(或)机械设备供货和建筑或工程的设计与施工。这种合同的通常情况是,由承包商按照雇主要求,设计和提供生产设备和(或)其他工程;可以包括土木、机械、电气和(或)构筑物的任何组合。

(3)《设计采购施工(EPC)/交钥匙工程合同条件》,通常情况下是由承包商进行全部的设计、采购和施工(EPC),提供一个配套完善的设施,("转动钥匙"时)即可运行。

(4)《简明合同格式》,被推荐用于资本额较小的建筑或工程项目,特别是适用于简单或重复性的工程后工期较短的工程。这种合同通常是由承包商按照雇主或其代表(如果有)提供的设计进行工程施工。

第二节 工程法的概念与调整对象

一、工程法的概念和特点

(一) 工程法的概念

在我国目前的立法中,尚无“工程法”这一法规范,有的只是“建筑法”,但

^① 之所以对工程以建造中所涉及的阶段为标准进行分类,是为了配合我国《合同法》中的相关规定。因《合同法》第269条第2款规定“建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同”,并结合我国工程建造过程中,工程监理是其重要的环节,故特作如上分类。

“建筑法”只调整“各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动”，其调整范围远不能覆盖所有的工程，其调整的范围仅是工程的一个子领域。而且，《建筑法》在一开始立法时其关注的重点就是行政机关对工程建设的管理方面，而非工程建设中所涉及的各种法律问题。故《建筑法》在施行后，实务中很少援引《建筑法》之规范，尤其是司法实务部门，其有关工程方面的纠纷案件，更是很少以《建筑法》之规范作为自己判决的依据。针对司法实务中有关工程纠纷的案件日益增多，最高人民法院于2004年10月25日出台了《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》，以指导有关工程方面的纠纷案件的审理。可见，有关工程方面的立法与现实需求之间存在着严重脱节。一方面，现实中有关工程的纠纷不得不依据司法解释以济其穷；另一方面，《建筑法》占据着立法之资源，却又无法规范工程领域之秩序，未能达到立法之目的。

在论述工程法的概念时，我们应先明了工程法的任务，亦即工程法的目标。工程法以“工程”作为规范对象，其立法目标应是整个“工程”领域的法秩序。首先，从上述对“工程”的定义可以看出，任何工程均非自然之生成，而是假借人工之活动并借由科技、原料及技术手段等的创造物，故工程法立法的首要任务乃是规范这一创造的过程。其次，人工所创设的工程，无论是为人类居住、使用还是保存，其目的均在于长久之存在。故工程的质量涉及人们的生命和财产安全，此即涉及公共利益的问题。凡涉及公共利益的领域，公权力应予以干涉或管制或指导。

实现上述所设定之目标的主要且最有效的手段乃经由工程法的制定，以法规范的效力来保障完成工程上的任务。因此，工程法具有双重任务：一方面必须提供工程上公权力的有效干预，以达保护公共利益的目的；另一方面工程法原则上必须使工程建设、使用、管理等环节上各参与主体在利益上的竞合与冲突具有衡平性，也就是说，必须衡平参与工程的各主体彼此间或其与公益间的利益冲突与矛盾。

在学说上，尚无关于“工程法”的定义，但我们在此可以根据上述工程法的规范对象和目标将工程法界定为：工程法是指规范各项工程活动，调整工程关系的法规范的总称。

（二）工程法的特点

工程法和其他法律、法规相比较，具有如下一些特点：

1. 复杂性

工程法和其他法律相比，其调整对象的复杂性是其主要的特点。工程法调整对象的复杂性主要表现为：第一，从横向层面看，不同类型的工程需受不同法律规范之调整。如在我国水利工程的建设受水利部主管，铁路工程的建设受铁道部主管，城市市政及道路建设受建设部主管，等等，而不同的主管部门对其所管辖的工程从

投资、规划到建设、营运、管理均作不同之规定。这种部门条块分割的立法管理模式使工程法体系变得异常复杂。第二,从纵向层面看,一项工程包括投资立项、规划、建设、营运、管理等不同阶段,而每一个阶段其参与的主体常常不同,因此,工程法所要调整的社会关系也就显得异常复杂。工程法不能像民法那样只调整平等主体之间的人身和财产关系,也不能如行政法主要只调整具有隶属性质的行政关系。在一项工程的生命周期里,其涉及的法律关系既有民事法律关系,也有行政法律关系。概而言之,其在立项、规划阶段主要涉及的是行政法律关系,建设阶段涉及的主要是民事法律关系,而营运和管理阶段则视营运、管理模式的不同而分别成立民事法律关系和行政法律关系。

2. 专业性

任何一项工程,其牵涉到的领域都相当多,如土木、建筑、水文、测量、地质勘探、机电、材料以及规划、营运、管理等各专业。因此,在工程法立法时就需要充分了解各专业之特点、技术,然后才能进行有针对性的立法。否则,在不能体现专业特点的情况下进行的立法只能是一个外行立法,不仅不能规范工程领域的秩序,反而会造成该领域的混乱。工程法的专业性特点不仅体现在其涉及的各种专业领域,更重要的是工程法的立法本身就是一个专业性的立法。即工程法的专业性更多的是表现为立法的专业性。在此,工程法与民法和行政法不同。虽然民法的调整对象涉及民事生活的各个方面,但民法是作为一个普通法而为抽象之规范。行政法中的《行政许可法》、《行政处罚法》等也是作为一个行政领域的普适程序进行的立法,而非专业性之立法。因此,专业性为工程法之另一重要特点。

3. 公益性

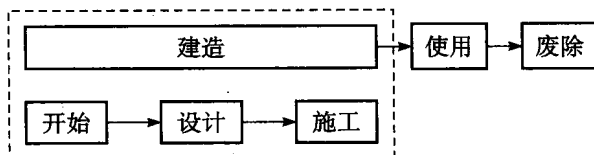
作为工程法调整对象之“工程”,大多为公共工程,常常是作为福利国之国家对人们提供的给付,或为辅助政府行政的推行,而必须建造的建筑物或工作物,以提供给人民使用或作为办公用房。如道路、桥梁、港口、码头、博物馆、行政机关的办公用房等的建设。基于上述的给付行政及国库行为均系为直接或间接达成一定的行政目的,故具有浓厚的公益色彩。^①即便是作为民间的城市商品房的建设,因其涉及不特定多数群体的利益,因而亦具有公益性。

二、工程法的调整对象

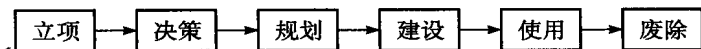
工程法的调整对象,是指工程法所规范的社会关系。工程法是调整工程关系的法律规范的总称。任何法律对现实生活的调整都是以该社会生活的现实发展逻辑的

^① 参见谢哲胜、李金松:《工程契约理论与求偿实务》,台湾,台湾财产法及经济法研究会,2005。

展开而分别加以规范的。所以,工程法就是对工程全过程的展开而依次进行的规范。国际标准化组织(ISO)在其技术报告 ISO/TR14177 (Classification of Information in the Construction Industry) 中将建设项目全寿命周期划分为建造阶段、使用阶段和废除阶段,其中建造阶段又可进一步细分为开始、设计和施工,如下图所示:



再结合我国工程建设的基本程序,则一个工程的全寿命周期应包括如下阶段^①:



因此,所谓工程关系就是指在上述一个完整的工程全寿命周期里所形成的各种关系。具体包括从立项到决策的计划关系,规划关系,建设阶段的设计、施工、监理等关系,使用阶段的管理、维护、改建、扩建等关系以及废除阶段的拆迁、环境保护、安全管理等关系。所以,工程关系种类繁多,性质各异。对此,法学界的学者一般将工程法所调整的社会关系区分为工程管理关系与工程交易关系两大类。^②而工程管理学界的学者则将工程法所调整的社会关系按照一个完整的工程寿命周期区分为决策、实施和运营三阶段所形成的各种社会关系。^③但我们认为,对工程法所调整的各种社会关系进行分类时,应首先从其关系的性质出发,并以此为分类标准进行划分。基于此,我们基本上可以将工程法所调整的关系分类为横向的工程民事关系和纵向的工程行政关系。但由于工程关系的复杂性,在工程领域也会存在上述两种关系并存的现象。如在公共工程的政府采购方面,按照我国台湾地区学者的“双阶理论”,就是属于典型的民事关系与行政关系并存的现象。

(一) 纵向的工程行政关系

纵向的工程行政关系,亦即行政性质的工程关系。主要指属于行政权塑造空间的行政计划关系(立项、决策阶段)、行政规划关系,以及政府行政主管部门对工程主体、工程建设、工程产品等的监督管理关系。该类关系受行政法调整。其特点为:第一,主体之间的隶属性。即在行政性质的工程关系中,其主体之间存在着管理与

^① 参见李启明等主编:《建设工程合同管理》,1页。

^② 参见张马林:《论工程法的调整对象》,载《东南法学》,2010(1);生青杰主编:《建设工程法》,1页。

^③ 参见李启明等主编:《建设工程合同管理》,2~3页。

被管理的关系、权力服从关系。第二,管辖的多元性。一方面,不同的行政主体依据其职能管辖着不同类型的工程并由此形成不同的行政关系。如同样是工程监理,在市政工程中监理要获得建设部的资质许可,在公路工程中监理则要获得交通部的资质许可。在施工方面也是如此,如从事市政工程的施工企业必须获得建设部许可的相应施工资质,而从事道路建设的施工企业则必须获得交通部许可的相应施工资质等等。另一方面,在一个工程全寿命周期的不同阶段,也分别由不同的行政主体进行管辖。如立项、决策阶段由地方政府或中央政府作出决定,规划阶段则由不同行政层级的行政规划部门行使规划权,建设阶段则由建设部门、交通部门等行使监督管理职能。

(二) 横向的工程民事关系

横向的工程民事关系,亦即民事性质的工程关系,主要指工程的勘察设计阶段,施工、监理阶段,运营、维护阶段等所形成的平等主体之间的民事关系。该类关系受民法所调整。其特点是:第一,主体之间的平等性。所谓平等,是指工程关系主体之间在法律地位上的平等,不存在隶属或管理与被管理的关系。即使是在公共工程中,行政机关作为工程关系之一方,在此民事性质的工程关系中,行政机关也仅具有一个民事主体的身份,而非行使行政权的行政管理者的身份。如在政府或行政机关作为发包人的建设施工合同中,政府或行政机关仅仅是施工合同中的一个民事主体,其与作为另一个民事主体的承包方之间处于平等的法律地位。第二,平等主体间的工程关系主要为合同关系,这也是法学界的学者一般将工程关系中的一类界定为交易关系的缘由。因为无论是工程的勘察、设计、施工、监理还是运营、维护,其几乎均是通过合同的方式来确立工程主体之间的关系。因此,合同关系是横向的工程民事关系中最重要的一种关系,或者说合同关系是横向的工程民事关系中的核心关系。正因如此,国际咨询工程师联合会在工程领域推出的范本即为四种不同的合同关系。^①

三、工程法的渊源

工程法的渊源,是指工程法律规范的表现形式。由于工程法的调整对象的复杂性导致其所调整的法律关系具有多样性,所以,工程法的渊源也就会出现于不同的法律层次之中。

^① 参见国际咨询工程师联合会、中国工程咨询协会编译:《菲迪克(FIDIC)合同指南》,13页,北京,机械工业出版社,2005。

(一) 宪法

宪法是由国家立法机关以特别的立法程序所确立的国家根本大法。宪法具有最高的法律效力，一切法律、法规等均不得与宪法相冲突。它是所有法律的立法依据。

(二) 法律

这里的法律是指狭义上的法律，是指由全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件。在我国，与工程有关的最主要的、基础性的法律是《建筑法》。此外，与工程有关的法律还包括《土地管理法》、《城市房地产管理法》、《农村土地承包法》、《民法通则》、《物权法》、《侵权责任法》、《合同法》、《农业法》、《水土保持法》、《森林法》、《草原法》、《招标投标法》、《政府采购法》等等，以及《行政处罚法》、《城乡规划法》等一般性行政法律。

(三) 行政法规

行政法规是指由国务院根据宪法和法律，为执行法律的规定或为行使国务院管理职权而制定的规范性文件的总称。与工程法相关的行政法规主要有《建设工程质量管理条例》、《建设工程勘察设计管理条例》、《建设工程安全生产管理条例》、《城市房地产开发经营管理条例》、《城市房屋拆迁管理条例》以及《土地管理法实施条例》等相关行政法规。

(四) 地方性法规

地方性法规是指省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下所制定的规范性文件总称。根据我国《立法法》第63条第2款之规定，较大的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，也可以制定地方性法规。地方性法规是工程法的一个重要渊源，因我国幅员辽阔，地区之间的差异较大，故不同地区在不与上位法相抵触的情况下，结合本行政区域的特点制定了一系列与工程有关的地方性法规。如《江苏省城乡规划条例》、《江苏省发展新型墙体材料条例》、《江苏省建筑市场管理条例》、《江苏省工程建设管理条例》等。

(五) 行政规章

行政规章包括部门规章和地方政府规章。根据我国《立法法》第71条之规定，国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内制定规章。部门规章是工程法最主要的渊源。首先，工程法属于行业性法律规范，我国行政机关的职能划分方式，决定了工程行业隶属于某个或几个相关部门管辖，因此，对工程秩序之规范也就主要来自于相关的行业主管部门所制定的行政规章。其次，工程

涉及高度复杂的专业技术知识,非工程专业人士难以对工程技术有一个清晰的了解,故对有关工程方面之规范常常涉及专业技术方面之规范,因此,非相关专业人士或既具有管理职能又具有相关专业知识的管理部门不能完成。这也从另一方面决定了工程法大多来自于行政规章位阶的法。综上,工程法的重要法源是行政规章。如《建设工程勘察设计资质管理规定》(建设部令第160号)、《建设工程消防监督管理规定》(公安部令第106号)、《对外承包工程资格管理办法》(商务部、住房和城乡建设部令2009年第9号)、《房地产开发企业资质管理规定》(建设部令第77号)、《工程监理企业资质管理规定》(建设部令第158号)、《公路水运工程监理企业资质管理规定》(交通部令2004年第5号)、《建筑业企业资质管理规定》(建设部令第159号)、《专业承包企业资质等级标准》、《文物保护工程勘察设计资质管理办法》(文物保发[2005]18号)等等。

根据我国《立法法》第73条之规定,省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定地方性规章。其可以规范的事项包括:为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项以及属于本行政区域的具体行政管理事项。如《江苏省建筑节能管理办法》(江苏省人民政府令第59号)、《江苏省建设工程勘察设计管理办法》(江苏省人民政府第168号令)等相关规定。

(六) 司法解释

司法解释是由国家最高司法机关,即我国的最高人民法院在适用法律过程中对具体应用法律问题所作的解释。最高人民法院针对工程领域纠纷案件审判中所遇到的难点、疑点和焦点问题以及社会关注的工程领域的热点问题,依据我国《民法通则》、《合同法》、《建筑法》、《招标投标法》等法律规定,于2004年10月25日公布了《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》。该解释是工程法的重要法源之一,同时也是工程领域纠纷案件审判时的主要法律依据。

(七) 习惯

习惯,是指在一定范围内,一定地域的人民长期形成的为多数人认可并遵守的行为规范。习惯还包括在特定的行业内所长期形成的行为规范。习惯,尤其是行业习惯是工程法上的一个重要渊源。因工程法属于高度技术性、专业性的法规范,虽经相关立法机构勤勉立法,但无法覆盖之“法律漏洞”仍然存在,故在法律规范未涉及之处,工程实务领域内所长期以来形成的习惯可弥补其法规范之不足。需要说明的是,习惯作为法律渊源只能限于调整工程领域内的民事关系,而不能作为工程领域内行政法、刑法的法律渊源。因为,根据法的明确性原则,行政法和刑法都必须是在有明确法规范的情况下,才能作为具体行政行为或刑事处罚的依据。而行政

处罚法中的处罚法定原则和刑法中的罪刑法定原则也决定了习惯不能作为工程行政法和工程刑法之渊源。

第三节 工程法的基本原则

工程法的基本原则是工程法的本质和特征的集中反映,是贯彻工程法全部之法规,对工程活动起着指导作用的行为准则。工程法的基本原则由工程法所调整的社会关系的特点所决定。值得指出的是,作为工程领域里的行为准则,在性质上应属于行业惯例之范畴,本身不具有法之拘束力,但该惯例如属于工程关系中的民事关系之惯例,则在法规范缺位的情况下,具有补充适用之效力。相反,如为工程法的基本原则,它本身就代表须具体化的具有抽象普遍拘束力的一般法律理念,虽然在具体适用时必须经由解释的工具来达成,但其本身有形成法体系及引导法规范内容具体化之一定作用是毋庸置疑的。因此,从此观点出发,工程法上的基本原则是不允许仅被视为工程领域里徒具形式的口号,而是具体工程法规定所应遵循的法理念。但不可否认的是,如从传统实证法学的观点出发,工程法的基本原则只有被制定于工程法之法典上才具有直接之法的拘束力。

以下,将就工程法中相关且重要的基本原则逐一阐述。

一、工程质量原则

工程法的整个立法体系,可以概括为“预防→管制→救济”的体系。在此体系下,质量原则又可称为“危险预防原则”,它是属于工程管制措施的原则。

质量原则,是指任何建设工程在质量、安全上均能获得良好的保证,具备其应有的使用功能和安全保障。工程,大多为公共工程,其使用对象具有不确定性,而且在使用特点上具有长期性。故工程质量如何,不仅关系到工程本身的使用价值,而且更重要的是关系到人民的生命、健康和财产安全。而人民的生命、健康和财产安全又是国家宪法予以特别保护的基本人权中的核心权利。所以,工程法中的质量原则是为工程法的首要原则。工程质量合格是对工程质量的最低要求。工程质量原则所对抗的客体是质量不合格的工程。一个质量不合格的工程,将会给人民的生命、健康和财产带来危险,此种危险并非限于具体的危险,而是包括有可能危及人民的生命、健康和财产安全,并具有造成损害之征兆或可能时,便属于工程质量原则所对抗的客体。工程质量原则的目的不是在质量不合格的工程产生具体危险时,对具体危险为立即反应,而是因工程质量问题有危险出现可能时或根本无危险出现时,事先通过工程质量原则对不合格的工程予以排除性的防御方式。